Sobre la diminuta franja divisoria entre el *habeas corpus* y la acción de protección: análisis en cuanto a la protección del principio *non-refoulement*

Arturo Rafael Rivas Bayas
Universidad San Francisco de Quito USFQ, estudiante del Colegio de Jurisprudencia
Campus Cumbayá, Casilla Postal 17-1200-841, Quito 17091, Ecuador.
Correo electrónico: arturo1701_rivas@hotmail.com

Erick Guapizaca Jiménez
Universidad San Francisco de Quito USFQ, estudiante del Colegio de Jurisprudencia
Campus Cumbayá, Casilla Postal 17-1200-841, Quito 17091, Ecuador.
Correo electrónico: erickguapizaca@gmail.com

Recibido / Received: 26/02/2019
Aceptado / Accepted: 26/03/2019
DOI: 10.18272/lr.v6i1.1381

Citación

Rivas Bayas, A. R., y E. Guapizaca Jiménez. «Sobre La Diminuta Franja Divisoria Entre El Habeas Corpus Y La acción De protección: Análisis En Cuanto a La protección Del Principio Non-Refoulement». USFQ Law Review, Vol. 6, n.º 1, agosto de 2019, p. 27, doi:10.18272/lr.v6i1.1381.

Resumen

Con la Constitución de Ecuador, en 2008, se ha planteado un amplio régimen de protección para los derechos por medio de garantías jurisdiccionales**.** En este contexto, el principio de no devolución de categoría *ius cogens,* puede ser tutelado por el *habeas corpus*, en caso de privación de libertad. Incluso con una aplicación *pro homine,* cuando no media privación de libertad. A la par, a través de la acción de protección, cuando no haya de por medio privación de libertad o ya exista una vulneración del principio en análisis. Se analizan estas garantías jurisdiccionales, profundizando en su rol de proteger a los migrantes. Por lo tanto, se planteará cómo la acción de protección y el *habeas corpus* operan para proteger a las personas que corren riesgo de ser expulsados de un país o que ingresarán a su territorio; esto en consideración a situaciones particulares de cada individuo que busca asentarse en Ecuador.

Por un lado, se sostendrá que el *habeas corpus* procede antes del ingreso de una persona; además, cuando se encuentra dentro del país, se le priva de la libertad arbitrariamente e incluso cuando no haya privación de libertad. Por otro lado, se explicará como la acción de protección procede antes del ingreso, cuando la persona no está privada de libertad dentro del territorio o cuando ya ha sido expulsada. Así, se aborda la no devolución a la luz de los sistemas de protección de derechos humanos y del ordenamiento jurídico ecuatoriano. Igualmente, se mencionan las reglas aplicables a las garantías jurisdiccionales en cuanto a su naturaleza y alcance. Además, se esquematiza el *habeas corpus*, la acción de protección y como podrían tutelar el principio *non-refoulement*. A su vez, las órdenes de devolución mediante actos administrativos y los mecanismos para tutelar el principio en diversos supuestos y, las conclusiones respectivas.

Palabras clave

habeas corpus; garantía, acción de protección; acto administrativo; Constitución; Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional; Ley de Movilidad Humana; no devolución; derecho de refugiados

About the Tiny Dividing Strip Between the Habeas Corpus and the Writ of Amparo: Analysis Regarding the Ward of Non-refoulement Principle

Abstract

With the 2008 Constitution of Ecuador, a broad regime of protection for rights has been proposed through jurisdictional guarantees. In this context, the principle of non-return of the ius cogens category can be protected by Habeas Corpus, in case of deprivation of liberty. Even with a pro homine application, when the deprivation of liberty does not mediate. At the same time, through the writ of amparo, when there is no means of deprivation of liberty or there is already a violation of the principle under analysis. These jurisdictional guarantees are analyzed, deepening in its role of protecting migrants. Therefore, it will be considered as the writ of amparo and Habeas Corpus operate to protect people who are at risk of being expelled from a country or who will enter their territory; this in consideration to situations of each individual seeking to settle in Ecuador.

On the one hand, it will be argued that the Habeas Corpus proceeds prior to the entry of a person; also, when the person is inside the country and arbitrarily deprived of his freedom and even if there is no deprivation of liberty. On the other hand, it will be explained how the writ of amparo proceeds prior to entry, when the person is not deprived of freedom within the territory or when the person has already been expelled. Thus, non-refoulement is addressed considering the human rights protection systems and the Ecuadorian legal system. Likewise, the applicable rules to jurisdictional guarantees are mentioned in terms of their nature and scope. In addition, the Habeas Corpus, the writ of amparo are schematized and how they could protect the non-refoulement principle. In turn, the return orders through administrative acts and the mechanisms to protect the principle in various cases and, the respective conclusions.

Keywords

Habeas Corpus; guarantee; writ of amparo; administrative act; Organic Law of Jurisdictional Guarantees and Constitutional Control; non-refoulement; Law of Human Mobility

1. Introducción

La situación actual de muchos Estados no es del todo garantista de derechos y, por ello, miles de personas deciden migrar al Ecuador. Si bien el ingreso al territorio ecuatoriano no contiene mayores restricciones de visado o solicitudes rigurosas[1], últimamente las autoridades competentes para autorizar la entrada de una persona o para autorizar su estadía en Ecuador tienen amparo legal para deportar bajo ciertas circunstancias.

Diversos acontecimientos de índole política, social y cultural en ciertas naciones han forjado olas migratorias hacia varios países, entre ellos Ecuador[2], como una opción emergente en la cual miles de extranjeros podrán, potencialmente, gozar de una vida digna. Por la frontera norte con Colombia en Rumichaca ingresan gran cantidad de ciudadanos que en su mayoría provienen de Venezuela[3]. Salta a la vista que su condición de migrantes no ha sido voluntaria y mucho menos planificada. En esta consideración concuerda la ahora jueza de la Corte Constitucional Daniela Salazar quien menciona que, "muchos venezolanos no han escogido migrar, se han visto forzados a hacerlo ante la escasez de medicinas o servicios de salud básicos. Es una cuestión de supervivencia"[4].

Por esto, en un sinfín de ocasiones a la hora de solicitar el ingreso al Ecuador son primero detenidos y luego devueltos a sus países de origen[5]. Como remedio, el ordenamiento jurídico ecuatoriano contempla acciones de rango constitucional para garantizar el principio de no devolución como el *habeas corpus* y la acción de protección dependiendo de la situación de los migrantes[6]. Si bien en gran medida depende de la situación de la persona que corre el riesgo de ser deportada o devuelta, es menester determinar con claridad la vía procedente para accionar a la hora de hacer efectiva la protección del principio de no devolución, para que los administradores de justicia puedan garantizarlo. En ese vigor se plantea: ¿en qué situación de hecho particular es procedente el *habeas corpus* en contraposición a la acción de protección, para tutelar el principio de no devolución?

En ese contexto, se analizan los siguientes puntos. (i) Se aborda la no devolución en los sistemas de protección de derechos humanos de los cuales forma parte Ecuador y su reconocimiento en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. (ii) Se mencionan las reglas generales aplicables a las garantías jurisdiccionales. (iii) Se aborda el *habeas*

1 Ministerio del Interior y Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana. Acuerdo Interministerial No. 0000001. Artículo 1. Registro Oficial No. 414 de 25 de enero de 2019.
2 Marcos, Ana y La Fuente, Javier. "La migración venezolana desborda a los Gobiernos de América Latina". *El País.* 27 de agosto de 2018, pár. 4.
3 La Hora. "Continúa el drama de migrantes venezolanos y éxodo por Rumichaca". *La Hora*. 7 de diciembre de 2018, pár. 15.
4 Salazar, Daniela. "Bienvenidos, venezolanos". *El Comercio*. 23 de febrero de 2018, pár. 2.
5 El Comercio. "9 000 migrantes ecuatorianos han solicitado refugio". *El Comercio*. 28 de octubre de 2018, pár 9.
6 Constitución de la República del Ecuador. Artículo 88 y 89. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

corpus, una acción garantista que no es una institución estática[7] y no se limita a tutelar un solo derecho constitucional, sino varios, entre ellos el principio examinado[8]. (iv) Se analiza la procedencia de esta acción con respecto a los actos de autoridades en los que se expulse a migrantes. Esta acción de protección ampara todos los derechos que no son tutelados por otra garantía[9]. Así, su alcance es bastante amplio y puede tutelar el principio examinado en cuanto existan derechos vulnerados. (v) Las órdenes de devolución mediante actos administrativos y los mecanismos para tutelar el principio cuando la persona se encuentra dentro del territorio y aquellos que permiten su protección, previo a su ingreso y, las conclusiones que contienen las respuestas al problema jurídico planteado.

2. Sobre el principio de *non-refoulement* o no devolución

El *non-refoulement* es "un principio del derecho internacional consuetudinario"[10]. Este principio ha sido definido por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos como:

> [U]na protección esencial en el marco del derecho internacional de los derechos humanos, derecho del refugio, el derecho humanitario y el derecho consuetudinario. [El cual] [p]rohíbe que los Estados transfieran o remuevan individuos de su jurisdicción o control efectivo cuando haya motivos para creer que la persona estaría en riesgo de sufrir un daño irreparable al regresar, incluida la persecución, tortura, malos tratos u otras violaciones graves de los derechos humanos[11].

En el mismo sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en su Informe sobre la situación de los solicitantes de asilo en el marco del sistema canadiense de determinación de la condición de refugiado, ha establecido que la no devolución implica una prohibición. Esta indica que

> cualquier persona reconocida como refugiado o que solicita reconocimiento como tal puede acogerse a esta protección para evitar su expulsión. Esto necesariamente implica que esas personas no pueden ser rechazadas en la frontera o expulsadas sin un análisis adecuado e individualizado de sus peticiones[12].

Por ende, no se puede rechazar a las personas que aún no entran en el territorio de un Estado y que requieren protección. Sin embargo, se considera que el principio de no devolución es mucho más amplio y no protege únicamente a los refugiados

7 Varela, Rodrigo. *La racionalidad en el hábeas corpus para precautelar la libertad de los defensores y defensoras de Derechos Humanos,* 2011. https://www.inredh.org/archivos/boletines/boletin_habeas_corpus2011.pdf. (acceso: 11/1/2019).

8 Constitución de la República del Ecuador. *Eiusdem*. Artículo 89.

9 *Eiusdem*. Artículo 88.

10 Alto Comisionado de las Naciones Unidas para Refugiados (ACNUR) y el Centro Lauterpacht de Investigaciones sobre Derecho Internacional. "El principio de no-devolución". 9 y 10 de julio de 2001. *Mesa redonda de expertos en Cambridge.* Mesa Redonda llevada a cabo en Cambridge, el 9 y 10 de julio de 2001.

11 Traducción libre. Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Oficina del Alto Comisionado. *The principle of non-refoulement under international human rights law*.https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Migration/GlobalCompactMigration/ThePrincipleNon-RefoulementUnderInternationalHumanRightsLaw.pdf. (accesso: 10/02/2019).

12 Organización de Estados Americanos. *Informe Sobre la Situación de los Derechos Humanos de los Solicitantes de Asilo en el Marco del Sistema Canadiense de Determinación de la Condición de Refugiado*. OEA/Ser.L/V/II.106 Doc. 40 rev, 28 febrero 2000, p. 7.

o solicitantes de refugio bajo la definición estricta de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados. Así, por ejemplo, la Declaración de Cartagena sobre Refugiados de 1984, extiende la protección del principio *non-refoulement* y protege a los seres humanos cuando, "su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los Derechos Humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público."[13]

El principio de *non-refoulement* ha adquirido la categoría de *ius cogens*[14] en el Derecho Internacional Público. Así lo han reconocido los gobiernos de los países de América Latina participantes en la Declaración de Cartagena sobre Refugiados de 1984[15] y en la Declaración y Plan de Acción de México para Fortalecer la Protección Internacional de los Refugiados en América Latina, celebrada en Ciudad de México en 2004. En la parte considerativa del texto, antes de resolver lo referente a la Declaración *per se*, se recoge el siguiente texto: "[r]econociendo el carácter de *ius cogens* del principio de la no-devolución (*non-refoulement*), incluyendo el no rechazo en frontera, piedra angular del derecho internacional de los refugiados"[16]. En el mismo sentido, la Corte Penal Internacional en el caso *The Prosecutor v. Germain Katanga* de 2013, decisión que versa sobre la libertad provisional de los testigos detenidos, se ha pronunciado en relación con el *non-refoulement* como norma *ius cogens*[17]. Asimismo, se ha pronunciado el Alto Comisionado de las Naciones unidas para los Refugiados[18].

Por tanto, es una norma perentoria de derecho internacional que no podrá ser restringida, vulnerada o acordarse la no aplicación de esta por parte de los Estados[19]. Actualmente, es crítica su categorización puesto que la normativa en materia de movilidad humana de ciertos países, como Hungría y el Reino Unido, tiene un impacto nocivo en los extranjeros más vulnerables. En general huyen de sus países de origen por situaciones en las que sus bienes jurídicos pueden ser puestos en amenaza o vulnerados[20].

13 Declaración de Cartagena sobre Refugiados (1984). Conclusión Tercera.

14 Cançado, Antonio. "JUS COGENS: The determination and gradual expansion of its material content in contemporary international case-law". *XXXV Curso de Derecho Internacional Organizado por el Comité Jurídico Interamericano.* Conferencia llevada a cabo en la ciudad de Washington D.C., Estados Unidos, 2008.

15 Sobre el reconocimiento del principio de no devolución como norma ius cogens en América Latina, *vid*, Declaración de Cartagena (1984). Conclusión Quinta,

Quinta. Reiterar la importancia y significación del **principio de no devolución** (incluyendo la prohibición del rechazo en las fronteras), como piedra angular de la protección internacional de los refugiados. Este principio imperativo en cuanto a los refugiados debe reconocerse y respetarse en el estado actual del derecho internacional, **como un principio de *jus cogens*.** (énfasis añadido).

16 Declaración y Plan de Acción de México para Fortalecer la Protección Internacional de los Refugiados en América Latina. (2004). Parte Considerativa.

17 Comisión de Derecho Internacional. *Segundo informe sobre el ius cogens presentado por Dire Tladi, Relator Especial.* Informe A/CN.4/706, 16 de marzo de 2017.

18 Sobre el reconocimiento del principio de no devolución como norma ius cogens en el Sistema Universal de Derechos Humanos, *vid*. Acnur. "General Conclusion on International Protection No. 25 (XXXIII)". 1982 *Executive Committee 33rd session.* Sesión llevada a cabo en la Asamblea General de las Naciones Unidas, 20 de octubre de 1982. "Reaffirmed the importance of the basic principles of international protection and in particular **the principle of non-refoulement which was progressively acquiring the character of a peremptory rule of international law**" (énfasis añadido).

19 Allain, Jean. "Ius Cogens Nature of non-refoulement". *International Journal of Refugee Law*, Vol. 4, No. 13 (2004), pp. 533-536.

20 *Ibid*.

Ahora se hará referencia a la evolución del principio a lo largo de la historia. En un primer momento, la concepción sobre la garantía procuraba que no se expulsara a un sujeto cuando no se garantizara la protección de sus derechos en otro territorio. Más adelante, en los albores de la época posterior a la Segunda Guerra Mundial, se contempló que no debían ser expulsados a sus países de origen. De forma innovadora, con la creación de la Organización de las Naciones Unidas (en adelante ONU), se configuró el principio procurando proteger también a perseguidos políticos[21].

Las menciones al principio de no devolución se las puede encontrar en diversos convenios, declaraciones e instrumentos en el Sistema Universal y en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (en adelante SIDH). En este contexto, el principio incluso se encuentra como una práctica reiterada que constituye costumbre como fuente del derecho internacional. A continuación, se hará mención al reconocimiento del principio.

2.1. Reconocimiento en el Sistema Universal de Derechos Humanos del principio de no devolución

El esquema que reconoce al principio *non-refoulement* en el Sistema Universal de Derechos Humanos es bastante homogéneo[22.] No obstante, hay ciertos sujetos protegidos que difieren dependiendo de la naturaleza del instrumento internacional. En primer lugar, la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (1984) (en adelante Convención contra la Tortura), en su artículo 3 inciso primero, indica lo siguiente: "Ningún Estado Parte procederá a la expulsión, devolución o extradición de una persona a otro Estado cuando haya razones fundadas para creer que estaría en peligro de ser sometida a tortura"[23.] La norma es clara ya que establece la prohibición de devolución de una persona, en los casos en que su vida corra peligro cuando exista el riesgo de que pueda ser torturada. Además, la norma está acorde al tema eje de la Convención citada e interrelaciona a la no devolución con la prohibición de la tortura. El sujeto protegido es indeterminado y puede ser cualquier persona natural que argumente razones fundadas para afirmar que sufrirá tortura, tratos inhumanos o degradantes en caso de ser expulsado de un país a otro.

21 Molnar, Támas. "The Principle of non-refoulement under international law: Its inception and evolution in a Nutshell." *Covirnus Journal of International Affairs*, Vol. 1, No. 1 (2016), pp. 51-53.

22 Los instrumentos que hacen mención por separado o en correlación con la norma *ius cogens* de prohibición de la tortura son: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966). Artículo 7; Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas de las Naciones Unidas (1992) Articulo 8; Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra (1949). Artículo 45; Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948). Articulo 8; Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000). Artículo 18; Estatuto de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (1950). Artículo 6; Convención de la OUA por la que se regulan los aspectos específicos de problemas de los refugiados en África (1969). Artículo 1, entre otros.

23 Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (1984). Artículo 3.

En un ámbito específico, la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados dispone, en su artículo 33, la prohibición de expulsión y de devolución:

> Ningún Estado Contratante podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de los territorios donde su vida o su libertad peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones políticas[24].

En la esfera latinoamericana, la Declaración de Cartagena de 1984, adoptada a escala regional, es un complemento necesario para la ejecución de la Convención de 1951, cuyo objeto es exhortar a aquellos países que no han ratificado la convención a hacerlo. En este respecto, la Declaración citada procura unificar los conceptos de refugiados y otras categorías de migrantes a escala regional[25]. De tal manera, es una medida que procura la tutela de los derechos de movilidad dentro del continente y asimismo obliga a los Estados a cooperar de mejor manera en cuanto se presenten crisis humanitarias. Como último punto relevante, se exhorta a los países para que exista facilidad en los procesos, coordinación y reconocimiento de las labores del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados[26].

Por otra parte, la Declaración sobre el Asilo Territorial adoptada en la resolución 2312[27] de la Asamblea General de las Naciones Unidas con una naturaleza de *soft law,* puesto que si bien no crea una obligación vinculante para los Estados tiene relevancia para el desarrollo del Derecho Internacional[28]. El artículo 3 de la misma establece:

> 1. Ninguna de las personas a que se refiere el párrafo 1 del artículo 1 será objeto de medidas tales como la negativa de admisión en la frontera o, si hubiera entrado en el territorio en que busca asilo, la expulsión o la devolución obligatoria a cualquier Estado donde pueda ser objeto de persecución[29].

Al referirse al artículo 1, con el fin de precisar los sujetos protegidos por el derecho al asilo, se remite a su vez al contenido de la Declaración Universal de Derechos Humanos, la cual, en su artículo 14, establece que, en caso de persecución, toda persona tiene el derecho a solicitar asilo[30]. Por tanto, todas las personas en situación de persecución de cualquier índole son susceptibles de protección de la Declaración examinada.

---

24 Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 (1951). Artículo 33.

25 Von Sternberg, Mark. "The Evolving Law of Non-Refoulement and its Influence on the Convention Refugee Definition". *International Migration Review*, vol. 24 (2001), pp. 206-208.

26 Declaración de Cartagena, *Eiusdem*. Conclusión 3.

27 Declaración sobre Asilo Territorial (1967). Artículo 3.

28 Zemanek, Karl. Emanek, K. "Is the term «Soft law» convenient?". *Liber Amicorum Professor SeidlHohenveldern*, Vol. 54 (1998), p. 845.

29 Declaración sobre Asilo Territorial. *Eiusdem*. Artículo 3.

30 Declaración Universal de los Derechos Humanos. *Eiusdem*. Artículo 14.

Igualmente, la Convención Internacional Sobre la Protección de los Derechos de los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (en adelante Convención de los Trabajadores Migratorios) protege a extranjeros que ya se encuentren laborando en Ecuador. En su parte pertinente, el artículo 22 reconoce:

> 1. Los trabajadores migratorios[31] y sus familiares no podrán ser objeto de medidas de expulsión colectiva. Cada caso de expulsión será examinado y decidido individualmente.
> 2. Los trabajadores migratorios y sus familiares solo podrán ser expulsados del territorio de un Estado Parte en cumplimiento de una decisión adoptada por la autoridad competente conforme a la ley.

Una nota distintiva se debe realizar con respecto a las demás convenciones del universo de las Naciones Unidas ya que salta a la vista, en primer lugar, una prohibición, la de expulsión colectiva y segundo, la obligación relativa a que los migrantes sean expulsados solo conforme a decisiones de autoridades competentes[32]. Por consiguiente, la expulsión colectiva está prohibida y esto conlleva a que cada deportación se lleve a cabo por medio de un proceso judicial o administrativo individualizado.

2.2. Menciones en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos del principio de no devolución

Ecuador es parte de la Organización de Estados Americanos (en adelante OEA) que cuenta con dos órganos de supervisión y de protección en materia de derechos humanos, la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos[33]. A su vez, Ecuador ha ratificado la competencia contenciosa de esta última[34], lo que le permite conocer casos en los que se puede establecer la responsabilidad del Estado por vulneraciones a derechos humanos[35]. Ahora bien, es relevante indicar que el principio de no devolución puede ser justiciable en el SIDH ya que existe mención al mismo, en el principal instrumento del sistema. Así, la Convención Americana sobre Derechos Humanos señala, en su artículo 22, que, bajo ningún presupuesto, "el extranjero puede ser expulsado o devuelto a otro país, sea o no de origen, donde su derecho a la vida o a la libertad personal está en riesgo de violación a causa de raza, nacionalidad, religión, condición social o de sus opiniones políticas"[36].

31 Para efectos de la Convención Internacional Sobre la Protección de los Derechos de los Trabajadores Migratorios y de sus familiares, de acuerdo con su Artículo 2, "son trabajadores migratorios: toda persona que vaya a realizar realice o haya realizado una actividad remunerada en un Estado del que no sea nacional".

32 Comité de las Naciones Unidas de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares. *Observación General No. 2: sobre los derechos de los trabajadores migratorios en situación irregular y de sus familiares*. Observación General, 28 de agosto de 2013.

33 Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969). Artículo 33.

34 Corte Interamericana de Derechos Humanos. B-32: *Estado de ratificaciones Convención Americana Sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica"*. https://www.cidh.oas.org/Basicos/Basicos3.html (acceso: 7/02/2019).

35 Convención Americana sobre Derechos Humanos Eiusdem. Artículo 62.

36 *Eiusdem*. Artículo 28.

En este vigor, desde la perspectiva de la tortura, los tratos crueles, inhumanos o degradantes, intrínsecamente ligados a la no devolución, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, en su artículo 13, dispone que no es procedente la extradición ni la devolución de una persona, "cuando haya presunción fundada de que corre peligro su vida, de que será sometido a tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes o de que será juzgada por tribunales de excepción o *ad hoc* en el Estado requirente"[37]. Existen otros instrumentos en el marco del SIDH, además de los ya citados, como la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre o la Convención sobre asilo territorial de Caracas[38] que hacen mención al principio analizado, haciendo su protección más reforzada.

2.3. Menciones en el ordenamiento jurídico ecuatoriano del principio a la no devolución

Existen menciones específicas del principio de no devolución en la legislación ecuatoriana. Estas responden directamente a la necesidad de adecuación normativa a los tratados internacionales mencionados previamente. La Constitución y la Ley Orgánica de Movilidad Humana (en adelante LOMHU) desarrollan el principio para el supuesto de la deportación o expulsión. La mención de rango constitucional es la siguiente:

> Art. 41.- Se reconocen los derechos de asilo y refugio, de acuerdo con la ley y los instrumentos internacionales de derechos humanos. Las personas que se encuentren en condición de asilo o refugio gozarán de protección especial que garantice el pleno ejercicio de sus derechos. El Estado respetará y garantizará el principio de no devolución, además de la asistencia humanitaria y jurídica de emergencia. No se aplicará a las personas solicitantes de asilo o refugio sanciones penales por el hecho de su ingreso o de su permanencia en situación de irregularidad[39].

Hay dos consideraciones preliminares sobre esta norma puesto que es de directa aplicación por parte de juzgadores y administradores públicos[40]. En primer lugar, hace énfasis en el principio *non-refoulement* como directriz para el ordenamiento jurídico del país; sin embargo, no desarrolla las causales o situaciones en las que aplica. De ello se infiere que este atiende a los estándares de no devolución de los tratados de derechos humanos de los cuales Ecuador es parte. En segundo lugar, la forma en la que está redactada la norma permite interpretar que los derechos al refugio, al asilo y el principio de *non-refoulement* son parte de la categoría de derechos de movilidad. No se interpreta que el principio en cuestión opera restrictivamente cuando haya un refugiado o asilado como sujetos de derecho.

37 Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (1985). Artículo 13.

38 Otros instrumentos que hacen mención a la no devolución por separado o en correlación con la prohibición de la tortura, los tratos crueles, inhumanos y degradantes vid. Convención sobre asilo territorial de Caracas (1954). Artículo 3; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948). Artículos 8 y 27; Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (1994). Artículos 4 y 7; entre otros.

39 Constitución del Ecuador. *Eiusdem.* Artículo 41.

40 *Eiusdem*.

Por tanto, se puede alegar la no satisfacción del principio, en tanto el Estado no lo tutele respecto de una persona que pueda correr riesgo; sin que haya un reconocimiento *per se* del estatuto de refugiado. Por lo que el Estado es garante del principio de no devolución respecto de todas las personas que se determine que corran riesgo al ser devueltas. De esa manera, las autoridades estatales no deben permitir que personas con riesgo sean devueltas a su Estado de origen, antes d su entrada y después de la misma a territorio ecuatoriano.

En el capítulo sobre derechos de libertad en el artículo 66 numeral 14, la Constitución establece:

> El derecho a transitar libremente por el territorio nacional y a escoger su residencia, así como a entrar y salir libremente del país, cuyo ejercicio se regulará de acuerdo con la ley. [...]
> Las personas extranjeras no podrán ser devueltas o expulsadas a un país donde su vida, libertad, seguridad o integridad o la de sus familiares peligren por causa de su etnia, religión, nacionalidad, ideología, pertenencia a determinado grupo social, o por sus opiniones políticas.
> Se prohíbe la expulsión de colectivos de extranjeros. Los procesos migratorios deberán ser singularizados.

De forma más amplia, se reconoce el derecho de todo extranjero a transitar libremente por el territorio nacional con ciertas prevenciones. En primer lugar, como un claro desarrollo del estándar de la Convención Contra la Tortura, la no devolución tiene operatividad respecto de individuos que puedan sufrir violaciones contra derechos constitucionales en el país al cual serán devueltos[41]. En añadidura, se indica que no se podrá expulsar a personas de forma colectiva, lo cual evidencia un desarrollo de la Convención de los Trabajadores Migratorios[42]. La segunda prevención es un complemento necesario para el principio *non-refoulement*, puesto que una deportación se torna mucho más arbitraria, si no hay la posibilidad de ejercer el derecho a la defensa de forma individualizada.

En relación con la LOMHU, el principio ha sido empleado como piedra angular para la elaboración de la norma, tal como se evidencia en uno de sus preámbulos[43]. En este sentido el legislador ha decidido incluirlo como uno de los principios rectores en materia de movilidad y migración, tal como lo evidencia el artículo 2:

> No devolución. La persona no podrá ser devuelta o expulsada a otro país, sea o no el de origen, en el que sus derechos a la vida, libertad o integridad y la de sus familiares corran el riesgo de ser vulnerados a causa de su etnia, religión, nacio-

41 Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. *Eiusdem*. Artículo 3.

42 Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de los Trabajadores Migrantes y sus Familias (1990). Artículo 22.

43 Ley Orgánica de Movilidad Humana. Registro Oficial 938 del 6 de febrero de 2017. Considerando sexto. "Que, el artículo 66, número 14, incisos segundo y tercero de la Constitución de la República reconoce y garantiza a las personas el derecho a transitar libremente por el territorio nacional, escoger su residencia, así como entrar y salir libremente del país, cuyo ejercicio se regulará de conformidad con la Ley. Garantiza la no devolución de personas a aquellos países donde su vida o la de sus familiares se encuentren en riesgo; y, prohíbe la expulsión de colectivos de extranjeros. Los procesos migratorios deberán ser singularizados."

> nalidad, ideología, género, orientación sexual, pertenencia a determinado grupo social, opiniones políticas, o cuando haya razones fundadas que estaría en peligro de ser sometida a graves violaciones de derechos humanos de conformidad con esta Ley y los instrumentos internacionales de derechos humanos[44].

El esquema que se ha diseñado en Ecuador es bastante completo y se puede resumir tomando en cuenta ciertos aspectos:

1. El país al que se expulsa o devuelve "sea o no el de origen". Esta consideración es relevante puesto que el administrador público competente no puede alegar que la expulsión será legítima, basándose en que la persona será expulsada a otro país y no al de origen.

2. Al mencionar "y la de sus familiares", extiende mucho más la protección de las personas, ya que en ciertas ocasiones la amenaza de vulneración de derechos puede no ser directamente contra el que la alega, sino contra su familia;

3. Con la frase "graves violaciones de derechos humanos", indica que, de haber evidencias de persistentes violaciones de derechos humanos en un país, no podrán ser expulsados. En el Sistema Universal de Derechos Humanos existen precedentes relevantes para ampliar la protección, por ejemplo, el caso del Comité Contra la Tortura *Njamba y Balikosa c. Suecia*. Dentro de aquella comunicación individual se determina que, por razones que exista un patrón de violación flagrante y masiva de derechos humanos, se debe abstener de devolver a determinado país[45].

4. Al mencionar "a causa de" se indica una serie de supuestos o categorías en los que se puede torturar o tratar de forma degradante en un país. El catálogo es amplio y la norma considera una vasta cantidad de grupos vulnerables; no obstante, se considera que es meramente ejemplificativo y no taxativo. Pueden desarrollarse nuevos grupos de atención prioritaria con las transformaciones sociales futuras o por definiciones más amplias del concepto de refugiado o asilado.

2.4. ¿Quiénes son sujetos de protección del principio de devolución a la luz del ordenamiento jurídico ecuatoriano?

Se han precisado varios instrumentos internacionales que reconocen el principio de *non-refoulement* y, al parecer, el sujeto de protección difiere por la especialización que tiene cada tratado, convenio o declaración. Términos como desplazado, trabajador migratorio, refugiado y solicitante de asilo se pueden vislumbrar; sin embargo, tal como está formulada la norma constitucional, que protege a "la persona", en

44 *Eiusdem*. Artículo 2.
45 Comité contra la Tortura. *Comunicación No. 322/2017: Njamba y Balikosa c. Suecia.* Decisión de 14 de mayo de 2010.

su artículo 66 numeral decimocuarto y el segundo de la LOMHU, se debe interpretar que la protección es de carácter universal. En el mismo contexto, el ámbito de protección goza de ciertos rasgos que deben ser analizados de forma individualizada dependiendo del caso y que son constantes en Ecuador y universalmente[46.]

En primer lugar, debe existir un peligro de persecución a causa de etnia, religión, nacionalidad, ideología, género, orientación sexual, pertenencia a determinado grupo social, por opiniones políticas, entre otros supuestos[47]. Como se mencionó en el acápite anterior, el estándar es bastante amplio y se pueden incluir nuevas categorías protegidas. Segundo, es menester que la situación de la persona que es protegida por el mandato tenga peligro de que algún bien jurídico protegido le será violado en caso de ser devuelto o expulsado a su país de origen o a otro.

3. Reglas generales a todas las garantías jurisdiccionales del Ecuador

En Ecuador, con la vigencia de la Constitución de 2008, se buscó, a la par del reconocimiento de varios derechos, contar con garantías que los hagan efectivos. La intención también implicaba que los sujetos de derechos no queden desprovistos de mecanismos para el ejercicio efectivo de los derechos[48]. En este aspecto, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (en adelante LOGJCC), aprobada en octubre de 2009, reguló las garantías jurisdiccionales por medio de normas generales y de principios aplicados a los procesos constitucionales[49]. Así, es importante mencionar que las garantías jurisdiccionales son, "todas aquellas que emanan de los jueces que ejercen justicia constitucional"[50;] diferenciándose así de otras garantías constitucionales como las normativas que emanan principalmente del poder legislativo y de todos los órganos con potestad normativa[51]. De esta manera, se desprenden las normas comunes a las garantías jurisdiccionales reguladas en la citada ley, siendo su objeto

> la protección eficaz e inmediata de los derechos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de Derechos Humanos, la declaración de la violación de uno o varios derechos, así como la reparación integral de los daños causados por su violación[52].

46 Constantes que se encuentran presentes en el Convenio de Ginebra de 1951 sobre el Estatuto de Refugiados y en la Convención contra la Tortura.

47 Sobre las ideas que se analizan en este párrafo, *cfr.* Convención Americana sobre Derechos Humanos. *Eiusdem*. Artículo 1.

48 Vintimilla, Jaime. "La Justicia Constitucional Ecuatoriana en la Constitución del 2008." *Iuris Dictio*, Vol. 8, No. 12 (2009), pp. 41-42.

49 Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Artículo 8. Registro Oficial No. 52 de 22 de octubre de 2009.

50 Ávila, Ramiro. *Las garantías normativas como mecanismo de protección de los derechos humanos.* Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición, 2012, p. 188.

51 Constitución del Ecuador. *Eisudem*. Artículo 84.

52 Ley de Garantías Jurisdiccionales. *Eiusdem*. Artículo 6.

Con respecto a la competencia de las garantías analizadas, se establece que, "será competente cualquier jueza o juez de primera instancia del lugar en donde se origina el acto u omisión o donde se producen sus efectos"[53]. Es importante indicar que el *habeas corpus* se diferencia de otras garantías jurisdiccionales en cuanto a la competencia. En este aspecto, el juez competente para conocerlo será, "la jueza o juez del lugar donde se presuma está privada de libertad la persona"[54]. En su defecto, cuando no se conozca el lugar de privación de libertad, "se podrá presentar la acción ante la jueza o juez del domicilio del accionante"[55]. Por otra parte, la legitimación para presentar una garantía es abierta, siendo hábiles y legitimados, "a) [...] cualquier persona, comunidad, pueblo, nacionalidad o colectivo, vulnerada o amenazada en uno o más de sus derechos constitucionales, quien actuará por sí misma o a través de representante o apoderado; y, b) [...] el defensor del Pueblo"[56].

La LOGJCC dispone que el procedimiento referente a las garantías jurisdiccionales debe ser sencillo, eficaz y rápido; lo cual es consecuente, si nos referimos al objetivo de estas, siendo este la protección eficaz e inmediata de derechos constitucionales57. Por la calidad de sencillez y rapidez que recubre las garantías jurisdiccionales, las notificaciones procesales se pueden hacer por los medios más eficaces que tengan los jueces, el legitimado activo y pasivo a su alcance, prefiriéndose medios electrónicos[58]. Esto resulta útil al pensar en el *habeas corpus,* que frecuentemente versa sobre los derechos de personas privadas de libertad. En relación con los privados de libertad, las notificaciones comunes pueden ser tardías o ineficaces. Por eso, esta garantía implica, "un procedimiento lo suficientemente rápido como para conseguir la inmediata verificación judicial de la legalidad y las condiciones de la detención, y lo suficientemente sencillo como para que sea accesible a todos los ciudadanos"[59].

De la misma forma, la Ley en discusión expresamente prohíbe alegar normas procesales o demoras que retrasen el procedimiento[60]. A su vez, no es necesario contar con un profesional en Derecho para presentar la acción o recurso de apelación[61]. Por otra parte, en referencia al presente capítulo, es común a todas las garantías, la imposibilidad de presentar, "más de una vez la demanda de violación de derechos contra las mismas personas, por las mismas acciones u omisiones, y con la misma pretensión"[62].

53 *Eiusdem*. Art. 7.
54 *Eisudem*. Art. 43.
55 *Eiusdem*.
56 *Eiusdem*. Art. 9 .
57 *Eiusdem*. Art. 8.
58 *Eiusdem*. Art.4.
59 Suárez, Ángel y Delgado, Jerónimo. *Cabos de la Guardia Civil Temario*. Volumen III. Madrid: Mad, 2004, p. 32.
60 Ley de Garantías Jurisdiccionales. *Eisudem* Artículo. 4
61 *Eiusdem*. Art.8
62 *Eiusdem*.

En definitiva, las garantías constitucionales recogidas por la Constitución y desarrolladas por la LOGJCC, buscan la tutela efectiva de los derechos constitucionales, asegurando la supremacía constitucional[63]. Ante el caso de una vulneración de derechos, las garantías pretenden declarar su violación y su reparación integral. Específicamente, representan una concreción del derecho humano a tener un "recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que […] ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales"[64]. Sin los mencionados recursos, los derechos recogidos en la Constitución, por más amplio que su repertorio represente, no serían justiciables, de tal manera que, "establecen los mecanismos jurídicos para acortar la brecha entre los derechos y la realidad"[65].

4. *Habeas corpus*

4.1. Reseña histórica

De tradición anglosajona, pero con fuerte arraigo del Derecho Romano, la garantía de *habeas corpus* nace como un real freno del abuso de poder estatal[66]. En un examen de los albores de la garantía jurisdiccional, el autor Domingo García hace mención a lo que el pretor romano Ulpiano contextualiza en uno de sus edictos sobre la libertad personal: "En ningún tiempo debe ser retenido con dolo malo un hombre libre, de tal suerte que algunos opinaron que no se ha de dar ni aun breve tiempo para exhibirlo, porque se debe responder de la pena del hecho pasado"[67]. Es esta, probablemente, la noción más cercana sobre *habeas corpus*, en la concepción actual sobre la garantía, pues se evidencia que no se puede detener a un sujeto de derechos sin una justificación previa y por la relación con el concepto que implica la exhibición del detenido.

El *habeas corpus*, en el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, por claros indicios históricos, fue recogido por primera vez en la Carta Magna de 1215 como un auténtico detente al poder de la monarquía

63 Constitución del Ecuador. *Eiusdem*. Artículo 4. "PRINCIPIO DE SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL. - Las juezas y jueces, las autoridades administrativas y servidoras y servidores de la Función Judicial aplicarán las disposiciones constitucionales sin necesidad que se encuentren desarrolladas en otras normas de menor jerarquía. En las decisiones, no se podrá restringir, menoscabar o inobservar su contenido".

64 Convención Americana sobre Derechos Humanos. *Eiusdem*. Artículo 25. En el Sistema Universal de Derechos Humanos, *vid*, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. *Eiusdem*. Artículo 2 numeral tercero. "Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a garantizar que: a) Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales."

65 Ávila, Ramiro. *Óp. cit.*, p. 183.

66 Tauber, Nicolás. *El Habeas Corpus en la Constitución de la Ciudad. En Azrak, Damián. Pensar la ciudad: comentarios a la Constitución porteña desde la igualdad, autonomía personal y derechos sociales.* Buenos Aires: Asociación de Derecho Administrativo de la Ciudad de Buenos Aires, 2018, pp. 384.

67 García, Domingo. "Orígenes del *habeas corpus*". *Revista de la Facultad de Derecho*, No. 31 (1973), pp. 48-51.

británica[68]. En la modernidad, esta acción es reconocida en una vasta cantidad de sistemas jurídicos, incluyendo el del Ecuador al que se hará referencia a continuación[69].

4.2. Antecedentes en el sistema ecuatoriano del *habeas corpus*

El ordenamiento legal ecuatoriano reconoce al *habeas corpus* a partir de la Constitución del año 1929 en su artículo 151 numeral sexto[70]. Se considera que, en este momento histórico, no se reconoce la garantía dentro de un plano jurisdiccional, sino en forma de derecho o garantía fundamental. ¿Qué implicaciones conlleva este reconocimiento? La activación procesal de la misma comprende ciertas causales taxativas y que, a la par, en aquel momento no existía regulación en cuanto a los sujetos que la podían accionar y dentro de ciertos plazos o términos. De acuerdo con la trayectoria histórica efectuada por parte de Alvarado y Robalino, los derechos tutelados por el *habeas corpus,* en este momento histórico, fueron los siguientes: vida, igualdad ante la ley, inocencia, libertad ambulatoria, seguridad legal, seguridad personal y procesamiento legal[71].

Luego, el siguiente hito relevante en la evolución jurídica de la regulación del *habeas corpus* ocurre con la limitación de tutelar dos derechos exclusivamente: libertad y seguridad personal. Esto ocurre en la Constitución de 1979[72]. Se considera que el alcance de la norma es amplio, puesto que se entienden incorporadas todas las categorías de libertad imaginables; por ejemplo, libertad de movilidad. Mencionan los autores en el análisis histórico que las constituciones de 1984, 1993, 1996 y 1998 "fueron sustancialmente iguales"[73] en cuanto a la regulación de la garantía.

Las dos últimas constituciones, la de 1998 y de 2008, contienen innovaciones peculiares. La Constitución de 1998 dirigía la competencia para presentar esta garantía y tramitarla a los alcaldes[74]. A su vez, respecto al análisis de las garantías en conjunto, el *habeas corpus*, bajo la antigua Carta Magna, era uno de los pocos medios para la tutela de derechos junto con el amparo y el *habeas data*[75].

Hoy por hoy, con la Carta Fundamental de 2008, se otorga la competencia a jueces ordinarios, en el caso de que los hechos que originan la vulneración del de-

68 BBC. *A Brief History of Habeas Corpus*, 9 de marzo de 2005. http://news.bbc.co.uk/2/hi/uk_news/magazine/4329839.stm (acceso: 17/01/2018).

69 En relación con la cantidad de sistemas que reconocen el *habeas corpus*, *vid,* García, Domingo. "*Habeas corpus* el América Latina: antecedentes, desarrollo y perspectivas". *Iuris Dictio*, Vol 3, No. 7 (2003). Allí se recogen los antecedentes del *habeas corpus* en países como Chile, Brasil, Venezuela, España, México, Honduras, Argentina, Uruguay, Ecuador, Bolivia, Costa Rica, Colombia, Puerto Rico.

70 Constitución Política del Ecuador. Artículo 151. Registro Oficial No. 138 de 26 de marzo de 1929.

71 Alvarado, Santiago y Robalino, Vicente. *Manual de* habeas corpus *en el Ecuador.* Quito: Alvarado y Asociados. 2011, p. 4.

72 *Id.*, p.49.

73 *Id.*, p.17.

74 Constitución del Ecuador. Artículo 93. Registro Oficial No. 1 de 11 de agosto de 1998.

75 Grijalva, Agustín. Constitucionalismo en el Ecuador. Quito: Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, 2012, p. 248.

recho provengan de particulares, administradores públicos, entre otros[76]. Por otro lado, en el supuesto que el juez ordinario sea aquel que presuntamente vulnere el derecho, los competentes para tramitar la causa serían jueces provinciales[77]. En definitiva, respecto del *habeas corpus* con la Constitución vigente se trató de desformalizar su esencia aún más, ampliando su ámbito de protección e incluso su legitimación activa[78]. Con lo planteado concuerda el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Así, el objeto del *habeas corpus* no solo protege a las personas contra detenciones arbitrarias realizadas por autoridades; además, su ámbito de protección protege a una persona contra cualquier privación arbitraria e ilegítima de libertad[79]. Se colige que el *habeas corpus* ya no solo protege el derecho de libertad, si no otros como la integridad física, la vida e incluso la prohibición contra la tortura, tratos crueles inhumanos o degradantes[80].

5. Dimensión actual de protección de la garantía jurisdiccional de *habeas corpus*

La garantía tiene una dimensión amplia; existiendo varias causales que posibilitan accionarla[81]. Es evidente que los derechos que se encuentran notoriamente reforzados con esta garantía son el de integridad física y de libertad en sus varias dimensiones[82]. No obstante, una noción equívoca daría a entender que el *habeas corpus* procede únicamente en procesos penales. Por el contrario, está presente en todos los hipotéticos en los que los derechos a la libertad y/o la integridad física se encuentren vulnerados[83].

Son tres grandes grupos en los que Alvarado y Robalino clasifican la posibilidad de accionar el *habeas corpus*: procedimientos preprocesales, procesos no penales y en procesos penales propiamente. Para la investigación únicamente se hará referencia a la particularidad de los procesos no penales. Dentro de esta categoría, coinciden además de los procesos de deportación, apremios personales por alimentos y detenciones por comparecencia[84].

De acuerdo con la Constitución, el ámbito de protección del *habeas corpus* o "que tengas el cuerpo"[85] es precautelar la libertad de los privados de libertad, "de forma ilegal, arbitraria o ilegítima, por orden de autoridad o de cualquier persona, […] proteger la vida y la integridad física de las personas privadas de libertad"[86].

76 Constitución de la República del Ecuador. *Eiusdem*. Artículo 89.
77 Aguirre, Blacio y Romero, Darwin. Habeas corpus *en la Legislación Ecuatoriana*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2016, p. 56.
78 Ley de Garantías Jurisdiccionales. *Eiusdem*. Artículo 4.
79 Corte IDH. Habeas corpus *bajo suspensión de garantías.* Opinión Consultiva OC 8-87, 30 de enero de 1987, párr. 36.
80 Grijalva, Agustín. *Óp. cit*, p. 254.
81 Ley de Garantías Jurisdiccionales. *Eiusdem*. Artículo 43.
82 Cordero, David y Yépez, Nathaly. *Manual (crítico) de garantías jurisdiccionales*. Quito: INREDH, 2015, p.110
83 Alvarado, Santiago y Robalino, Vicente. *Óp.cit.* pp.56-57.
84 *Id.*, p. 56
85 Amnistía Internacional. *Manual de acción contra la tortura*. Madrid: Amnistía Internacional, 2012, p.108.
86 Constitución del Ecuador. *Eiusdem*. Artículo 89.

Del citado artículo se desprenden los derechos objeto de protección: la vida, la libertad y la integridad física. Con relación a estos derechos, se materializan varias situaciones en las cuales se puede utilizar la garantía en discusión. Esta disposición es concordante con lo expuesto en la Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos[87]. Así, el artículo 43 de la LOGJCC desarrolla con detalle los supuestos en los cuales los tres derechos mencionados pueden ser vulnerados. De esta manera, a la prohibición de ser privado de la libertad arbitrariamente, le acompaña la obligación de motivar la orden de detención por medio de un mandato escrito expedido por un juez competente.

Asimismo, el ámbito de protección del *habeas corpus* es vasto. Precisamente, este implica que las personas naturales no deben ser desterradas del territorio nacional, no ser desaparecidas forzosamente, no ser torturadas o sujetas a un trato cruel, inhumano o degradante, no ser incomunicadas o sometidas a tratos ultrajantes de la dignidad humana y no ser detenidas por deudas exceptuando el pago de pensiones alimentarias[88]. Igualmente, en caso de personas procesadas o condenadas privadas de libertad, implica su excarcelación inmediata, si su libertad se dispuso por un juez. Lo mismo es aplicable cuando ha caducado la prisión preventiva de acuerdo con los plazos establecidos en la ley[89]. Finalmente, implica que la persona debe ser presentada a un juez competente máximo veinticuatro horas tras su detención[90.]

El principio de no devolución es el eje central en el cual se sustenta la obligación internacional que los Estados deben respetar e incluye la no deportación, la cual implica

> [n]o devolver, extraditar, expulsar o entregar de cualquier otra forma a un extranjero a un Estado en donde corra un peligro cierto de ser sometido a tortura (o de ser privado arbitrariamente de la vida o sometido a esclavitud o servidumbre); o corra el riesgo cierto de ser entregado a un tercer Estado donde quede a su vez sometido a aquellos peligros.[91]

De esta manera, se reconoce y protege el principio de *non-refoulement* en el artículo 43 de la LOGJCC. Dentro del objeto de la garantía de *habeas corpus,* el citado artículo establece que es aplicable, "en caso de ser una persona extranjera, incluso antes de haber solicitado refugio o asilo político, no ser expulsada y devuelta al país donde teme persecución o donde peligre su vida, su libertad, su

87 La Opinión manifiesta que el *habeas corpus*: "tutela de manera directa la libertad personal o física contra detenciones arbitrarias, por medio del mandato judicial dirigido a las autoridades correspondientes a fin de que se lleve al detenido a la presencia del juez para que este pueda examinar la legalidad de la privación y, en su caso, decretar su libertad". (Corte IDH. *Óp.cit.*)

88 Ley de Garantías Jurisdiccionales. *Eiusdem*. Artículo 43.

89 *Eiusdem*.

90 *Eiusdem.* Artículo 44.

91 Pureza, José. *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI.* Bilbao: Universidad de Deusto, 2004, p. 52.

integridad y su seguridad”[92]. Se deduce que en el supuesto en el cual una persona tenga un temor fundado de persecución puede accionar esta garantía para evitar que sea deportada o expulsada del Ecuador. Las categorías por las cuales existirá un temor son, “raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas”[93] o a su vez tema por su vida, integridad, seguridad o libertad. Se configura una protección preventiva de los derechos a la integridad física, libertad o vida, pero también de varios derechos conexos; que, de otra manera al ser expulsadas o deportadas, las personas extranjeras verían vulnerados.

6. Dimensión actual de protección de la acción de protección

La acción de protección tiene un diseño constitucional que desarrolla la garantía establecida por la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 25 numeral primero:

> 1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

En este respecto, se considera que la estructura de la acción de protección en la Constitución de 2008 es una real adecuación de lo que la Convención indica como un recurso idóneo para tutelar derechos fundamentales. De entrada, la acción de protección procede cuando no exista otra garantía para hechos que produzcan vulneraciones a derechos constitucionales[94]. La LOGJCC, en su artículo 39, delimita su objeto de la siguiente manera:

> La acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución y tratados internacionales sobre derechos humanos, que no estén amparados por las acciones de *habeas corpus*, acceso a la información pública, *habeas data*, por incumplimiento, extraordinaria de protección y extraordinaria de protección contra decisiones de la justicia indígena[95.]

Así, a pesar de estar expresamente delimitada su protección de derechos, la procedencia de la acción de protección tiene un alcance impresionante puesto que se puede accionar ante una vasta cantidad de actos u omisiones de autoridades, servidores públicos y de personas privadas en ciertos casos establecidos en la LOGJCC, artículo 41 numeral cuarto[96]. En desarrollo de lo anterior, la garantía procede contra cualquier acción u omisión de una autoridad no judicial que reduzca, anule el goce o ejercicio de derechos constitucionales. A su vez, se puede

92 Ley de Garantías Jurisdiccionales. *Eiusdem*. Artículo 43.
93 Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951. *Eiusdem*. Artículo 1.
94 Ley de Garantías Jurisdiccionales *Eiusdem*. Artículo 39.
95 *Eiusdem*. Artículo 39.
96 Constitución de la República del Ecuador. *Eiusdem*. Artículo 436.

presentar contra las políticas públicas, contra actos u omisiones de quien preste un servicio público, que atenten a derechos y garantías o limite su goce y ejercicio[97]. De igual manera, cualquier acto u omisión de personas del sector privado que prestan servicios públicos impropios o de interés público, por delegación o concesión; que provoque daño grave o que la persona afectada esté en condición de subordinación frente a otra con poder sobre ella. Además, contra cualquier acto que implique discriminación[98].

En cuanto a la tutela del principio en análisis, cabe realizar ciertos cuestionamientos con el fin de determinar si es procedente una acción de protección. ¿Es procedente en cuanto a la protección del principio de no devolución? En efecto, sí es procedente puesto que el principio recae en el objeto o ámbito de protección de la acción de protección. Asimismo, está recogido en la Constitución y en diversos tratados internacionales de derechos humanos, a los cuales ya se ha hecho mención a lo largo del presente artículo. No obstante, Karla Andrade Quevedo, respecto de la aplicación práctica de la garantía, llegó a afirmar que el problema de la procedencia de la acción de protección es que no está claramente delimitado su ámbito de aplicación[99]. Esta amplitud en el catálogo de supuestos de aplicación podría llevar a ciertos errores o abusos, ya sea por parte de los accionantes o por parte de los operadores de justicia[100]. Como solución a esta amplitud y procurando delimitar las situaciones en las que se puede accionar una acción de protección, la Corte Constitucional del Ecuador, en uso de su facultad de "[e]xpedir sentencias que constituyan jurisprudencia vinculante respecto de las acciones de protección, […] y demás procesos constitucionales"[101] ha dispuesto un filtro para que no existan abusos al plantear esta garantía. Así, complementando lo establecido en la LOGJCC y la Constitución, mediante el precedente jurisprudencial obligatorio No. 001-010-JPO-CC se dispone que, en supuestos de "mera legalidad", en los que existan vías administrativas o judiciales no procederá la acción de protección[102].

Al momento de accionar la garantía analizada se debe procurar identificar que esta sea sin duda la vía idónea para tutelar la aplicación de un derecho. Si el juez que sustancia la causa declara que no fue procedente, posteriormente no se podrá interponer otra garantía ya que se exige presentar la declaración de no haber interpuesto otra garantía como requisito[103]. La Corte Constitucional, en su jurisprudencia obligatoria, sostiene que la única vía para proteger la vulneración

97 *Eiusdem*. Artículo 39.
98 *Eiusdem*.
99 Andrade, Karla. *La acción de protección desde la justicia constitucional*. En Benavides, Jorge y Escudero, Jhoel (coords.). *Manual de justicia constitucional ecuatoriana*. Quito: Corte Constitucional Ecuador, 2013, pp.117-119. El inciso tercero del artículo 39 indica que: "No debe estar amparado por otra garantía jurisdiccional". Lo cual en la práctica conlleva que, cuando un derecho no tenga tutela, ya sea por el *habeas corpus*, *habeas data*, acción de acceso a la información, entre otros se podrá presentar la garantía de acción de protección.
100 *Id*, pp. 116-120.
101 Corte Constitucional del Ecuador, *Sentencia No. 001-16-PJO-CC*, Caso N.° 0530-10-JP, de 22 de marzo de 2016, p. 6.
102 Corte Constitucional del Ecuador, *Precedente Judicial Obligatorio No. 001-010-JPO-CC*, de 22 de diciembre de 2010, p.11
103 Ley de Garantías Jurisdiccionales. *Eiusdem.* Artículo 10.6.

derechos constitucionales es la acción de protección. Los jueces deberán, en primer lugar, determinar si se verifica o no vulneración de derechos constitucionales antes de sostener que existen vías idóneas. A continuación, se analizan los escenarios en que el principio de la no devolución puede ser vulnerado.

7. Órdenes de devolución mediante actos administrativos

La Carta Magna de 2008 reconoce los derechos de movilidad en Ecuador de forma garantista[104]. Resalta así un amplio estándar de protección en cuanto a derechos de movilidad, refugio, libertad de movilidad, principio de no devolución, entre otros[105]. En el mismo contexto garantista, el Estado ecuatoriano es parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos[106] y el Pacto Internacional de Derechos Civiles políticos[107], lo cual implica que los derechos contenidos en dichos tratados deben ser desarrollados en normativa interna[108]. A partir del desarrollo normativo de los derechos anteriormente mencionados, la competencia en materia de migración e inmigración está contemplada en la LOMHU[109], normativa que entró en vigor tras la derogatoria expresa de la Ley de Migración el 6 de febrero de 2016. En sí, el cambio trascendental radica en que se asignó mayor claridad al alcance de la deportación y se regula un auténtico procedimiento administrativo, indicando de forma explícita causales, la naturaleza del proceso y ciertas particularidades de este. Actualmente, la deportación fue diseñada como un verídico acto administrativo con efectos individuales y directos:

> Art. 141.- Deportación. Constituye la resolución administrativa mediante la cual la autoridad de control migratorio dispone el abandono del territorio nacional de una persona extranjera, la que no podrá reingresar al país por un plazo de tres años.
>
> La deportación se aplicará solamente bajo las causales establecidas por la presente Ley y guardando respeto estricto a las garantías del debido proceso consagradas en la Constitución[110].

Como complemento, el artículo 143 enuncia las causales para la deportación. Por lo tanto, el acto administrativo es reglado[111], siendo posible únicamente inadmitir a una persona por causales taxativas: "[s]erá deportada del territorio ecuatoriano la persona extranjera que incurra en cualquiera de las siguientes causales". De esta manera, la deportación es de forma inequívoca un acto administrativo dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano. El tratadista Agustín Gordillo, siguiendo la

104 Constitución de la República del Ecuador. *Eiusdem*. Artículo 40.
105 Eiusdem.
106 Corte IDH. B-32… *Óp. cit*.
107 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. *Eiusdem*. Artículo 2.
108 Convención Americana sobre Derechos Humanos. *Eiusdem*. Artículo 2.
109 LOMHU. *Eiusdem*. Artículo 1. Registro Oficial 938 del 6 de febrero del 2017.
110 *Eiusdem*. Artículo 143.
111 Reglamento a la LOMHU. Artículo. 139. Registro Oficial Suplemento No. 55 de 10 de agosto de 2017.

corriente Latinoamericana[112] sobre el acto administrativo que restringe los actos a solo individuales y no generales estableció que, "acto administrativo es una declaración unilateral de voluntad realizada en ejercicio de la función administrativa apta para producir efectos jurídicos particulares de manera directa"[113].

Se evidencia el carácter de declaración unilateral, puesto que el extranjero sobre el cual recae la deportación no tiene la posibilidad de emitir su voluntad para configurar el acto. El acto, de igual modo, es expedido por un órgano estatal actuando en ejercicio de su función administrativa[114]. Los efectos jurídicos son evidentes, puesto que la deportación es una manifiesta restricción legítima al derecho de libre movilidad imposibilitando que la persona deportada reingrese al país por un periodo de tres años[115]. Por último, los efectos recaen sobre una única persona natural, siendo imposible que recaiga sobre varios sujetos de forma simultánea. De lo que se infiere que toda orden de deportación debe ser individualizada y no se la podrá hacer de forma colectiva.

El acto administrativo de deportación es susceptible de ser impugnado y está sujeto a las reglas constitucionales del debido proceso. Subsumiendo el artículo 76 numeral séptimo literal m) de la Constitución que en lo esencial recoge el derecho a "recurrir" en todos los procedimientos que se decida sobre sus derechos. Se debe reconocer que la impugnación es una garantía aplicable incluso a los procesos de deportación. Cabe mencionar, para mejor entendimiento procesal de esta investigación, que en ciertos supuestos como la negativa de una solicitud de refugio, existirían instancias administrativas y judiciales por medio de las cuales se puede tutelar el principio en análisis. Supuestos que excluyen la posibilidad de accionar las garantías jurisdiccionales[116], las cuales se podrán accionar directamente si las vías mencionadas no son adecuadas o eficaces. Sin perjuicio, de lo explicado, el análisis a continuación toma en perspectiva este último presupuesto bajo el cual es necesario accionar las garantías jurisdiccionales para una tutela expedita de los derechos constitucionales que requieren eficacia y rapidez como en un caso de deportación.

7.1. Mecanismos para tutelar el principio de no devolución antes del ingreso de una persona al territorio ecuatoriano

De acuerdo con la LOGJCC en su artículo 43, uno de los presupuestos objeto del *habeas corpus* aplica, "en caso de ser una persona extranjera, **incluso antes de haber solicitado refugio o asilo político**, no ser expulsada y devuelta al país donde teme persecución o donde peligre su vida, su libertad, su integridad y su

112 Pérez, Efraín. *Manual de derecho administrativo*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2012, p.67.
113 Gordillo, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo. Tomo 8*. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2013, p.401.
114 Dromi, Roberto. *Acto Administrativo*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2008, pp.31-35.
115 LOMHU. *Eiusdem*. Artículo 142.
116 *Eiusdem*. Artículo 40.

seguridad" (énfasis añadido)[117]. Sin embargo, el mismo artículo citado precedentemente indica que el objeto del *habeas corpus* aplica respecto de una "persona privada o restringida de libertad". En este sentido, existe la posibilidad de una persona que se encuentre intentando ingresar al Ecuador. Por tanto, la persona no está privada o restringida de libertad en estricto sentido, y en cambio está ejerciendo el derecho al libre tránsito constitucionalmente reconocido. De esa manera, una persona amparada por el artículo 1 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados[118] o a su vez con una aplicación *pro homine* de la LOGJCC, y que tema por su libertad, vida, integridad o seguridad, en virtud del principio de no devolución, puede acceder al territorio ecuatoriano aun sin haber presentado una solicitud de refugio. Es menester recalcar que uno de los ámbitos de protección del *non-refoulement* que ha tomado fuerza en los últimos años se refleja en no negar la entrada a una persona en la frontera, de tal manera que pueda ingresar al territorio nacional[119]. Así, en primera perspectiva, en función del artículo 43.5 de la LOGJCC, la garantía de *habeas corpus* protege a una persona que requiere ingresar al territorio del Ecuador a quien le sea negado su acceso por una orden administrativa, en aplicación *pro homine* de la ley.

En este aspecto, otra vía posible es que una persona extranjera, que tema por su vida, integridad, seguridad o libertad y que, a pesar de aquello, se le negase la entrada al Estado, podría utilizar el ingreso de manera irregular y posteriormente solicitar refugio o protección para lo cual no se le puede sancionar por esta entrada ilegal, como lo prescribe el artículo 76 del Reglamento a la LOMHU:

> No se impondrán sanciones penales o administrativas al solicitante de la condición de refugiado, por causa de ingreso o permanencia irregular en el territorio nacional, hasta la resolución definitiva de su solicitud por parte de la administración. La situación migratoria irregular de una persona que solicitó refugio no obstaculiza su acceso al procedimiento. En todos los casos, las autoridades garantizarán el principio de no devolución y los demás establecidos en la legislación interna e instrumentos internacionales sobre la materia.

---

117 Ley de Garantías Jurisdiccionales. *Eiusdem*. Artículo 43.

118 Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951. Eiusdem. Artículo 1. Definición del término "refugiado" A. A los efectos de la presente Convención, el término "refugiado" se aplicará a toda persona: 2 2) Que [...] debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él.
La LOMHU indica: Art. 98.- Persona Refugiada. Será reconocida como refugiada en el Ecuador toda persona que:
1. Debido a temores fundamentados de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, que se encuentre fuera de su país de nacionalidad, y no pueda o quiera, a causa de dichos temores, acogerse a la protección de su país, o que, careciendo de nacionalidad y hallándose fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o no quiera regresar a él.
2. Ha huido o no pueda retornar a su país porque su vida, seguridad o libertad ha sido amenazada por la violencia generalizada, agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público y no pueda acogerse a la protección de su país de nacionalidad o residencia habitual.
LOMHU. Eiusdem. Artículo 98.

119 Gortázar, Cristina. *Derecho de asilo y "no rechazo" del refugiado*. Madrid: Universidad Pontificia Comillas Dykinson, 1997, pp. 289-305.

Ante ello, en el supuesto en que la autoridad estatal prive de libertad a un migrante que ingrese de manera irregular y solicite refugio, el *habeas corpus* es aplicable. Así, el solicitante de refugio puede accionar esta garantía para precautelar no solo el principio de no devolución sino evitar una detención arbitraria, expresamente prohibida por la LOMHU. Finalmente, la acción de protección, siendo la orden de negativa de ingreso un acto administrativo, puede ser accionada para garantizar la no devolución. Si bien podría entenderse que aún no se ha vulnerado el principio, la negativa de ingreso como se ha establecido es parte de su marco de protección. Por lo tanto, negar el ingreso de una persona en necesidad de protección implica vulnerar el principio de *non-refoulement*.

7.2. Mecanismos para tutelar el principio a la no devolución cuando la persona se encuentra en territorio ecuatoriano

Se debe indicar que, en Ecuador, el procedimiento por medio del cual una persona es deportada tiene el carácter de administrativo, con lo cual, para el constitucionalista Rafael Oyarte, puede existir conflicto entre el ámbito jurisdiccional y administrativo[120]. Así, se origina inquietud respecto al mecanismo más adecuado para la tutela efectiva del derecho a no ser devuelto al territorio en el cual existe riesgo para una persona individualmente. Esto teniendo en mente que la expulsión de un grupo o colectivo de personas está expresamente prohibida por la LOMHU bajo cualquier presupuesto.

De acuerdo con lo establecido, una orden de deportación se configura en un acto dispuesto por una autoridad administrativa. En este supuesto, de la simple lectura del artículo 41 de la LOGJCC, se puede inferir que la vía adecuada es la acción de protección. Sin embargo, dentro del objeto de la acción de *habeas corpus* se encuentra la tutela de la persona extranjera de no ser expulsada hacia un país donde peligre su vida, libertad, integridad y seguridad o donde tema persecución. En este aspecto, en esta última garantía coadyuva una ventaja trascendental respecto del tiempo en que se sustenta por sobre la acción de protección. Así, con la presentación de la acción de *habeas corpus,* el juez constitucional debe realizar la audiencia dentro de las veinticuatro horas siguientes. A su vez emitirá su sentencia, finalizada la audiencia y la notificará por escrito en las veinticuatro horas siguientes[121]. Así que, en dos días, una persona que pretende ser deportada puede encontrar en esta vía una acción expedita y evitar su expulsión hacia otro país.

Por otra parte, la acción de protección requiere que el juez califique la demanda dentro de las veinticuatro horas posteriores a su presentación, a su vez la audiencia se debe fijar dentro de los tres días tras la calificación de la demanda. La

120 Oyarte, Rafael. *Deportación de cubanos. Entrevista en Radio Majestad*. Entrevista llevada a cabo en Quito, Ecuador, 13 de julio de 2016.

121 Ley de Garantías Jurisdiccionales. *Eiusdem*. Artículo 44.

sentencia se emitirá oralmente finalizada la audiencia y por escrito en las cuarenta y ocho horas siguientes[122]. En conjunto son aproximadamente seis días los necesarios para obtener, de ser el caso, una respuesta favorable para sustentar el principio de *non-refoulement*. Por efectos de tiempo, se considera que la garantía de *habeas corpus* tiene una gran ventaja por sobre la acción de protección.

La acción de protección, al proteger derechos constitucionales, aplicaría en relación con el derecho constitucional de no devolución respecto de personas que no estén privadas de libertad; lo cual estrecha aún más la franja divisoria entre esta y el *habeas corpus*. Aun así, como se mencionó en el acápite anterior, el *habeas corpus* versa sobre personas privadas de libertad que en principio excluye a aquellos individuos que no se encuentran privados de libertad por parte de la autoridad o cualquier otra persona. Por el contrario, pueden ser extranjeros que solicitaron o no refugio en el país. En este aspecto, se considera que el ámbito de protección del *Habeas Corpus* puede ser aplicable debido a una interpretación extensiva y más favorable, a pesar de que la persona no se encuentra restringida de libertad. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha indicado que, "el *habeas corpus* tiene como finalidad no solamente garantizar la libertad y la integridad personales, sino también prevenir la desaparición o indeterminación del lugar de detención y, en última instancia, asegurar el derecho a la vida"[123]. Con relación a esta interpretación, el *habeas corpus* representa una vía idónea para garantizar el principio de no devolución. Así, por ejemplo, sería procedente cuando exista un temor fundado de persecución y a una persona no le sea posible o no quiera acogerse a la protección de aquel país donde existe el riesgo a causa del mencionado temor; o a su vez la persona extranjera con riesgo a su integridad o vida.

Con el mismo objetivo, las garantías jurisdiccionales buscan satisfacer la necesidad y obligación de existencia y eficacia de, "un recurso sencillo y rápido [...] efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución"[124]. Así, el *habeas corpus* debe representar un mecanismo eficaz que no sea rechazado ante formalidades, con lo cual se confirma su esencia expedita como lo reconoce la Constitución[125]. En definitiva, existe la necesidad de tutelar el principio universal y constitucional de no devolución. Para ello, en virtud de la informalidad que reviste a las garantías jurisdiccionales y los principios de simplificación, eficacia, celeridad y la prevalencia del derecho sustantivo, el *Habeas corpus* permite conseguirlo.

Otra vía identificada para tutelar el principio de no devolución recae en las medidas cautelares. Estas, en conjunto con otra garantía jurisdiccional o accionada

122 *Eiusdem*. Artículo 13.
123 Corte IDH. *Castillo Páez v. Perú*. Sentencia de fondo, 3 de noviembre de 1997, párr. 83. p. 22.
124 Convención Americana sobre Derechos Humanos. *Eiusdem*. Artículo 25.
125 Constitución de la República del Ecuador. *Eiusdem*. Artículo 11.

de forma autónoma, la cual tiene la finalidad de "evitar o cesar la amenaza o violación de los derechos reconocidos en la Constitución y en instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos"[126]. Sin embargo, en el caso que las medidas cautelares autónomas no resulten favorables, la tutela del derecho se vería confrontada y en la verja de una vulneración; con lo cual la solución planteada de accionar el *habeas corpus* puede ser las más útil.

Con respecto a la acción de protección y en el supuesto bajo el cual una persona sea expulsada, sus representantes o cualquier otra persona, siendo esta acción *actio popularis*,[127] en atención a la practicidad y la tutela del derecho, puede accionarse puesto que el daño ha sido ya provocado. Sobre la base de esta consideración, esta garantía permite declarar la vulneración del derecho y una efectiva reparación integral por concepto de medidas de reparación por el daño material e inmaterial. Por otra parte, el *habeas corpus* no resultaría eficiente en este supuesto ya que este busca evitar esta situación, y al haber sido ya la persona expulsada, se configuraría una vulneración clara al derecho en cuestión.

De esta manera la acción de protección también entra a tutelar el principio de no devolución, desde la perspectiva del derecho que ya ha sido vulnerado.

8. Conclusiones

En respuesta al cuestionamiento inicial —¿en qué situación de hecho particular es procedente el *habeas corpus* en contraposición a la acción de protección, para tutelar el principio de no devolución? —[128], se debe recordar que las garantías jurisdiccionales están diseñadas como mecanismos vivos de protección de derechos. Por lo tanto, no hay formalismos procesales o plazos estrictos para emplear y de ello deviene su naturaleza expedita e informal. En definitiva, para el juzgador, en su rol de juez constitucional, es menester dar prevalencia al derecho sustantivo, esto ha sido establecido por la Corte Constitucional del Ecuador en la sentencia de No. 003-15-SCN-CC[129]. Asimismo, en uno de los principios para la aplicación de derechos indica lo siguiente en su parte pertinente: "El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: [...] 4. Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales"[130]. En relación con ello, el capítulo de la Constitución respecto a la administración de justicia precisa lo siguiente en su artículo 169: "El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia […]. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades"[131.]

126 Ley de Garantías Jurisdiccionales. *Eiusdem*. Artículo 26.
127 *Eiusdem*. Artículo 9.
128 El cual plantea los supuestos en los cuales de la acción de protección procede frente al *habeas corpus* para tutelar el principio de no devolución.
129 Corte Constitucional. *Sentencia de Control Constitucional No. 003-15-SCN-CC*. Sentencia de 11 de marzo de 2015.
130 Constitución de la República del Ecuador. *Eiusdem*. Artículo 11.
131 *Eiusdem*. Artículo 169.

Por lo expuesto y dependiendo de los factores en los cuales una persona puede ser deportada o se le pueda negar la entrada, se debe escoger la garantía jurisdiccional adecuada. Así, en el desarrollo del trabajo investigativo se ha sostenido el amplio ámbito de protección y supuestos en los cuales se puede accionar el *habeas corpus* y la acción de protección para la efectiva vigencia y amparo de los derechos constitucionales. Bajo esta perspectiva y en relación con el principio de *non-refoulement*, pueden existir situaciones que denoten una estrecha relación entre las garantías jurisdiccionales en análisis para la efectiva tutela del mencionado principio.

La garantía de *habeas corpus*, como se ha evidenciado, comprende un sinnúmero de situaciones bajo las cuales las personas pueden blindar sus derechos, entre los cuales se encuentra el principio de no devolución. Así, el *habeas corpus* aplica en definitiva cuando la persona está privada de libertad. Por ejemplo, es aplicable cuando un solicitante de refugio ingresa de manera irregular al Ecuador y es privado de libertad debido a ese ingreso irregular. Ahora bien, Ecuador es un Estado constitucional de derechos sumamente garantista, por lo que la aplicación de esta acción no puede ser estática y, en cambio, puede extrapolarse a situaciones bajo las cuales la persona extranjera no esté necesariamente privada de libertad. De esa manera, sobre la base de los estándares internacionales que indican que uno de los enfoques del principio de no devolución es el no cierre de fronteras a personas que requieran protección internacional, el *habeas corpus,* por medio de una interpretación *pro homine* de su ámbito de protección y de la LOGJCC, aplicaría en el caso de que una persona en busca de protección internacional trate de ingresar al país y no se lo permitan mediante un acto administrativo, a pesar de que no esté privada de libertad.

Por otra parte, la acción de protección no escapa a la gran cantidad de situaciones en que puede utilizarse para proteger a personas víctimas de violaciones de derechos constitucionales. Entre los cuales puede efectivamente custodiar la vigencia del principio de no devolución. Como se ha evidenciado, el proceso y la orden de deportación son claramente pronunciamientos de la autoridad por medio de un acto administrativo, el cual se configura unilateralmente sin que se tome en cuenta la voluntad de la persona sobre la cual versa dicho acto. Así, teniendo en cuenta la calidad de este acto, suponiendo que se hayan agotado los recursos administrativos y judiciales ordinarios, bajo el supuesto en el cual una persona requiera protección para no ser deportada a otro Estado; donde corra riesgo su vida, integridad, libertad y seguridad, la acción de protección, en principio, sería la garantía procedente en el supuesto de que la persona no se encuentre privada de libertad. Además, considerando que la orden de negativa de entrada se emite por autoridad administrativa, la acción de protección es procedente. Así, esta permitiría que las personas en necesidad de protección internacional ingresen en el país, siendo la prohibición de entrada de estas personas una vulneración al principio de no devolución.

Con todo, sobre la base de lo antes dicho, tomando en cuenta la finalidad del *habeas corpus* y que la no devolución es parte expresamente tutelada por esta garantía, recogida en la LOGJCC, el alcance del *non-refoulement*, una interpretación amplia y más favorable propia de todas las garantías jurisdiccionales, debe ser aplicable a pesar de que la persona no esté restringida de libertad. Al respecto, como se ha establecido el *habeas corpus* representa una ventaja importante en relación con el tiempo, por lo que, en los supuestos de negativa de entrada al país, en los cuales la persona no está privada de libertad, podría preferirse esta garantía por sobre la acción de protección.

Desde la perspectiva del derecho vulnerado, cuando ha ocurrido la violación al principio tratado, se considera que la vía más eficaz para restablecer el derecho sería la acción de protección. Principalmente porque el objetivo del *habeas corpus* es, bajo este aspecto, principalmente preventivo y, en este particular, la persona ya ha sido deportada o expulsada. Por lo cual, entre las dos opciones debatidas a lo largo del ensayo, la acción de protección permitiría el amparo y restablecimiento del principio de *non-refoulement* al existir vulneración del principio.

En definitiva, existe delimitación insuficiente respecto de los ámbitos de protección de las dos garantías jurisdiccionales estudiadas, de tal manera que se evidencia la necesidad de que se establezcan sus límites para una efectiva protección de derechos. Esto con el objetivo de ilustrar a las personas y jueces para que tengan convicción de cuándo y bajo qué presupuestos accionar y admitir una u otra garantía en referencia no solo al principio de no devolución sino a otros derechos constitucionales. Sin embargo, esta delimitación no puede resultar de ninguna forma en coartar la protección que proveen estas garantías, siendo el objetivo esclarecer su aplicación, mas no debilitarlas. De lo contrario como se ha reiterado, los derechos constitucionales quedarían desprovistos de cualquier efectividad al no contar con el recurso sencillo y eficaz que permita su efectiva vigencia y aplicación material.